

Distr.: Limited
24 November 2005
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية)
الدورة التاسعة
نيويورك، ٣٠ كانون الثاني/يناير -
٣ شباط/فبراير ٢٠٠٦

المصالح الضمانية

مشروع الدليل التشريعي بشأن المعاملات المضمونة

الحقوق الضمانية في الحقوق في عائدات السحب من تعهد مستقل: التعاريف والتوصيات

مذكرة من الأمانة

إضافة

المحتويات

الصفحة

٢	الحقوق الضمانية في الحقوق في عائدات السحب من تعهد مستقل
٢	التعاريف أولًا -
٤	التوصيات ثانيًا -



الحقوق الضمانية في الحقوق في عائدات السحب من تعهد مستقل

أولاً – التعاريف (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1، الفقرة ٢١ (د) و(ض)) و(أ) و(ب ب))

(د) "التعهد المستقل" يعني خطاب ائتمان (تجاريا أو ضامنا)، أو تصديقا لخطاب ائتمان، أو كفالة مستقلة (مستحقة الدفع عند الطلب أو عند أول طلب أو كفالة مصرفية أو كفالة مقابلة)، أو أي تعهد آخر معترف باستقلالته بمقتضى القانون أو قواعد الممارسة، مثل اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، والأعراف والممارسات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية، وقواعد الممارسات الضامنة الدولية، والقواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب.

(ض) "الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل" يعني الحق في تلقي مبلغ مستحق أو كمبيالة مقبولة أو مبلغ مؤجل السداد، أو شيء آخر ذي قيمة يُقدّمه، في كل حالة، الكفيل/المصدر وفاء لسحب بمقتضى تعهد مستقل، أو شخص مسمّى يعطي قيمة لذلك السحب. ولا يشمل هذا التعبير '١' الحق في السحب (أي في طلب السداد). بمقتضى تعهد مستقل، أو '٢' ما يُتلقى عند الوفاء بسحب من جانب الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى أو عند التصرف في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل (أي العائدات نفسها).

[ملحوظة إلى الفريق العامل: سوف يبيّن التعليق أن التعريف لا يشمل إلا "الحق في تلقي" أي قيمة تسدّد أو تُقدّم وفاءً بسحب، لا الحق في السحب، أي الحق في طلب السداد. بمقتضى تعهد مستقل. وسيوضّح التعليق أيضا أن الحق في تلقي العائدات لا يشمل العائدات نفسها، أي ما يُتلقى فعلا عند قبول السحب من جانب الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى (ينبغي ألا يؤخذ تلقي المستفيد قيمة من مصرف متداول على أنه قبول أو تصرف) أو عند التصرف في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل. وسوف يُبرز التعليق أيضا الفارق بين الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل (بصفته موجودات مرهونة أصلية) و"العائدات" (التي هي مفهوم أساسي في هذا الدليل) المتأثية من ذلك الحق. وسوف يلاحظ الفريق العامل أن الإشارة إلى "المانح – المستفيد" قد حُذفت لأنها غير ضرورية. وهذا يتماشى مع كيفية معاملة الدليل لتعبير "المستحق" (فالدليل لا يعرف "المستحق" من وجهة نظر المانح). وعلاوة على ذلك، قد لا يكون المانح، وقت المنح، قد أصبح مستفيدا، بل قد

لا يكون التعهد المستقل موجودا آنذاك. وتحديد الطرف الذي يحق له أن يتلقى المبلغ المُسدّد هو من شأن قوانين أخرى (ففي سياق المستحقات مثلا، لا يُحدّد الدليل الطرف الذي يحق له أن يتلقى سداد المستحق).]

(أ) "الكفيل/المصدر" يعني أي مصرف أو شخص آخر يصدر تعهدا مستقلا. ويشمل هذا التعبير أي مصرف أو شخص آخر يُصدر تصديقا لخطاب الائتمان ("المصدّق") أو يصدر كفالة مقابلة.

(ب ب) "الشخص المسمّى" يعني أي مصرف أو شخص آخر محدّد بالاسم أو بالنوع في تعهد مستقل (مثل "أي مصرف في البلد سين") باعتباره معيّنا لإعطاء قيمة، أي للشراء أو للسداد عند إبراز المستندات، ويتصرف بمقتضى ذلك التعيين. ويشمل هذا التعبير المصدّق المعين للتصديق والذي يصدّق بمقتضى ذلك التعيين.

(ح ح) "السيطرة" تعني، فيما يتعلق بالحق في عائدات السحب من تعهد مستقل، أن الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى الذي سيسدّد أو يعطي قيمة عند السحب بمقتضى تعهد مستقل: '١' هو ذاته الدائن المضمون، أو '٢' قد قدّم إقرارا لصالح الدائن المضمون. و"الاعتراف"، فيما يتعلق بالحق في عائدات السحب من تعهد مستقل، يعني أن الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى الذي سيسدّد عند السحب بمقتضى تعهد مستقل، أو الذي سيعطي قيمة لذلك السحب بطريقة أخرى، قد أبدى، من جانب واحد أو بالاتفاق: '١' اعترافه أو قبوله (أيما كان شكل الإثبات) بإنشاء حق ضماني (سواء سُمّي إحالة أو غير ذلك) لصالح الدائن المضمون في الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل، أو '٢' التزامه بأن يسدّد إلى الدائن المضمون أو يعطيه قيمة عند السحب بمقتضى التعهد المستقل.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: أُعد التعريف الجديد استجابة لطلب الفريق العامل (انظر الفقرة ٨١ من الوثيقة A/CN.9/588). وسوف يتضمن التعليق عبارات تدل على وجوب قراءة التعاريف جنبا إلى جنب مع جميع التوصيات المتعلقة بالتعهدات المستقلة (٣) (د) ١٦ و ٢٥ و ٢٥ مكررا و ٢٥ مكررا ثانيا و ٢٥ مكررا ثالثا و ٤٩ و ٦٢ و ١٠٦ و ١٣٨ و ١٣٨ مكررا].

ثانياً - التوصيات

الأطراف والالتزامات المضمونة والموجودات المشمولة بهذا الدليل (انظر التوصيات ٣ (د) و ١٦ و ٢٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21)

٣- ينبغي، بوجه خاص، أن ينص القانون على انطباقه على ما يلي:

(د) جميع أنواع الموجودات المنقولة والتجهيزات الثابتة، الملموسة أو غير الملموسة، الحاضرة أو الآجلة، غير المستبعدة صراحة في هذا القانون، بما فيها المخزون والمعدات وسائر البضائع والمستحقات والصكوك القابلة للتداول (كالشيكات والكمبيالات والسندات الإذنية) والمستندات القابلة للتداول (مثل سندات الشحن) والحسابات المصرفية والحقوق في عائدات السحب من تعهد مستقل وحقوق الملكية الفكرية؛

الحقوق الضمانية في حق يضمن أو يدعم مستحقاً محالاً أو صكاً قابلاً للتداول أو التزاماً آخر

١٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه عند إنشاء حق ضماني في مستحق أو صك قابل للتداول أو أي التزام آخر يشمل هذا الدليل بصفته موجودات مرهونة، ينشأ معه تلقائياً، دون حاجة إلى اتخاذ المانع أو الدائن المضمون أي إجراء آخر، حق ضماني في أي حق شخصي أو حق ملكية يضمن أو يدعم تسديد أو أداء ذلك المستحق أو الصك القابل للتداول أو الالتزام الآخر. غير أنه إذا كان القانون الذي يحكم حقاً يضمن أو يدعم تسديد مستحق أو صك قابل للتداول أو أي التزام آخر يشمل هذا الدليل بصفته موجودات مرهونة لا يميز إنشاء حق ضماني في ذلك الحق الضامن أو الداعم إلا بعد إجراء إنشائي منفصل، فيكون المانع ملزماً باتخاذ مثل ذلك الإجراء. وعندما يدعم تعهد مستقل تسديد أو أداء مستحق أو صك قابل للتداول أو أي التزام آخر يشمل هذا الدليل بصفته موجودات مرهونة، يكون الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل التزاماً داعماً بمقتضى هذه التوصية وينشأ الحق الضماني فيه دون حاجة إلى قيام المانع بإجراء إنشائي منفصل.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: تستحدث التوصية ١٦ مفهوم الحقوق الداعمة (التي قد يكون من المفيد عرضه كمصطلح معرّف، إذا ما قرر الفريق العامل ذلك) وتنص على تلقائية إنشاء الحق الضماني في الحق الشخصي أو حق الملكية الذي يدعم مستحقاً أو صكاً قابلاً للتداول، أو أي التزام آخر يشمل هذا الدليل بصفته موجودات مرهونة، حال إنشاء الحق الضماني في الموجودات المرهونة المدعومة. والمفعول الجوهري لذلك هو تجنب ضرورة القيام

بإجراء إنشائي منفصل فيما يتعلق بالالتزام الداعم. ورغم أن هذا المفهوم لا يفعل شيئا لا يستطيع الطرفان فعله صراحة، فهو يقوم مع ذلك بوظيفة ذات قيمة كبيرة من الناحية العملية. إذ إن العديد من المعاملات المضمونة المعتادة يتضمن التزامات داعمة، ومن شأن إتاحة هذا الترتيب أن تفيد كثيرا في تعزيز احتمال تحقيق الهدف الذي يتوخاه قانون المعاملات المضمونة، وهو زيادة توافر الائتمانات المنخفضة التكلفة إلى أقصى مدى ممكن. وفي الحالات الاستثنائية (إذا ما وُجدت) حيث لا يرغب الأطراف في إنشاء حق ضمني في التزام داعم، يمكن فعل ذلك باستعمال صيغة نافية في اتفاق الضمان. وقد اعتمد الفريق العامل بالفعل أسلوب الإنشاء التلقائي للحق الضماني في العائدات، دونما استعمال صريح لصيغة خاصة.

وربما يرى الفريق العامل أن من المفيد تناول بعض الأمثلة عن حالات تتعلق بحقوق داعمة. وكمثال للحق الشخصي الداعم، هناك الضمانة التي يقدمها طرف رابع دعما لتسديد مستحق هو الموجودات المرهونة التي قدمها المانح ("ألف"، الذي هو المانح، يمنح "باء"، الذي هو الدائن المضمون، حقا ضمانيا في مستحق "دال" على "جيم"، الذي هو صاحب حساب مدين أو طرف ثالث مدين؛ ويكفل "دال" المستحق، الذي هو الموجودات المرهونة المدعومة؛ وكفالة "دال" هي الحق الشخصي الداعم). وكمثال لحق الملكية الداعم، هناك الحق الضماني في قطعة معدات تضمن تسديد صك قابل للتداول هو الموجودات المرهونة التي قدمها المانح ("ألف"، المانح، يمنح "باء"، الدائن المضمون، مصلحة ضمانية في صك قابل للتداول أصدره سين لصالح "ألف"؛ وبذلك يكون التزام "سين" المثبت بالصك، الذي هو الموجودات المرهونة المدعومة، مضمونا بحق ضمني، هو حق الملكية الداعم، في قطعة معدات منحها مالك المعدات (الذي قد يكون هو "سين" أو "عين") إلى "ألف").

وترمي الجملة الثانية من التوصية ١٦ إلى ضمان اقتضاء إجراء منفصل لإنشاء حق ضمني في الحق الداعم إذا كان ذلك الحق الداعم غير قابل للإحالة، بمقتضى القانون الذي يحكمه، إلا عن طريق إجراء إحالي منفصل. وهذا النهج يتماشى مع القانون والممارسة ذوي الصلة، وكذلك مع المادة ١٠ (١) من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات.

أما الغرض من الجملة الثالثة فهو توضيح أن كون التعهد المستقل حقا داعما لا يعني أن إنشاء حق ضمني في الحق في عائدات السحب من ذلك التعهد المستقل يستدعي إجراء إنشائي منفصلا. وهذا يعني، بعبارة أخرى، أن القاعدة المنطبقة هي القاعدة العامة الواردة في الجملة الأولى (لا تلك الواردة في الجملة الثانية).

ومن ثم، فإن خطاب الائتمان التجاري المعتاد، على سبيل المثال، يدعم إجمالاً التزام المشتري بتسديد فاتورة تجارية، أما خطاب الائتمان الضامن أو الكفالة المستحقة عند الطلب فيدعم إجمالاً أنواعاً أخرى من الالتزام بالتسديد أو الأداء من قِبَل الشخص الذي يصدر خطاب الائتمان الضامن أو الكفالة المستحقة عند الطلب لصالح المستفيد. والاعتراف بوظيفة الدعم التي يؤديها الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل (الذي لا يشمل، بحكم تعريفه، لا الحق في طلب السداد ولا العائدات ذاتها) لا يقلل بأي حال من الأحوال من استقلالية التعهد نفسه، ولا يمس بأي شكل من الأشكال بمصالح الكفيل/المصدر (المشمول بحماية تامة بمقتضى القواعد الواردة في توصيات أخرى (مثل ٢٥ مكرراً و ٢٥ مكرراً ثانياً ٢٥ مكرراً ثالثاً)).

إنشاء حق ضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل

٢٥ - ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للمستفيد أن يمنح حقاً ضمانياً في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل، [حتى وإن لم يكن الحق في السحب بمقتضى التعهد المستقل في حد ذاته قابلاً للإحالة بمقتضى القانون الذي يحكم التعهد المستقل]. ومنح حق ضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل لا يمثل إحالة للحق في السحب بمقتضى التعهد المستقل.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علماً بأن العبارة الواردة بين معقوفتين توضّح النقطة الهامة المتمثلة في أن قابلية التعهد ذاته للإحالة (أي الحق في السحب) لا صلة لها بالحق في إنشاء حق ضماني في الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل. وتُميز الحملة الثانية بين إحالة الحق في طلب التسديد بمقتضى تعهد مستقل وإحالة الحق في تلقي عائدات من التسديد بمقتضى التعهد المستقل].

٢٥ مكرراً - ينبغي أن ينص القانون على:

(أ) أن حقوق الدائن المضمون في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل تخضع لما يكفله القانون والممارسة اللذان يحكمان التعهدات المستقلة من حقوق للكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى وأي مستفيد آخر مسمّى في التعهد أو أحييت حقوق السحب إليه؛

(ب) أن حقوق المستفيد-المحال إليه [أو المستفيد الشريك] بمقتضى تعهد مستقل هي أعلى مرتبة من الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل، الذي يُحصّل عليه من المحيل أو أي محيل سابق؛ و

(ج) أن الحقوق المستقلة للكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى أو المستفيد-المحال إليه [أو المستفيد الشريك] بمقتضى تعهد مستقل [تجب] [لا تتعطل بسبب] [تتميز عن] عما قد يكون له من حقوق ضمانية في الحقوق في عائدات السحب، بما فيها أي حق في عائدات السحب يمكن أن يندرج ضمن إحالة لحقوق السحب إلى المستفيد-المحال إليه [أو المستفيد الشريك].

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علما بأن التعليق سيوضح أن الغرض من هذه التوصية هو ضمان أن تكون حقوق حائزي الحقوق المستقلة في السداد، ولا سيما الأشخاص المسمّون الذين أعطوا قيمة والمستفيدون-المحال إليهم الذين تمت الإحالة إليهم، أعلى مرتبة من حقوق الأشخاص الذين تُحال إليهم فحسب الحقوق في عائدات السحب من سحب من جانب المستفيد الأصلي. وسيوضح التعليق أيضا أن حقوقهم المستقلة متميزة ولا تتعطل بسبب حقوقهم كدائنين مضمونين للمستفيد الأصلي (وبعبارة أخرى، ينبغي عدم الخلط بين وضعيتهم كحائزين محمين لحقوق مستقلة ووضعتهم العرضية كدائنين مضمونين). وعندما يقوم شخص مسمى بإعطاء قيمة ويسترد ما دفعه من المصدر، فهو يفعل ذلك استنادا إلى حقوق الاسترداد المستقلة التي يتمتع بها لا بصفته حائزا لحقوق المستفيد.]

٢٥ مكررا ثانيا- لا يكون الكفيل/المصدر ولا الشخص المسمّى ملزما بالسداد لأي شخص غير المستفيد المسمّى أو المحال إليه المستفيد المعترف به [أو المستفيد الشريك] أو الشخص المسمّى أو الشخص المعترف به كمحال إليه في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل.

٢٥ مكررا ثالثا- ينبغي أن ينص القانون على أنه إذا حصل الدائن المضمون على السيطرة على الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل لأنه أصبح شخصا معترفا به كمحال إليه في ذلك الحق، كان من حقه إنفاذ الاعتراف تجاه الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى الذي قام بالاعتراف.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علما بأن التوصيات

مكررا

٢٥

٢٥ مكررا ثانيا و ٢٥ مكررا ثالثا، التي أعدت عملا بطلب الفريق العامل (انظر الفقرتين

٨٢ و ٨٣ من الوثيقة A/CN.9/588) والتي تتبّع الصياغة المستخدمة في التوصية ١٠٦ (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2)، لا تتناول في واقع الأمر إنشاء الحقوق الضمانية (أو نفاذها تجاه الأطراف الثالثة أو أولويتها على المطالبات المنازعة أو إنفاذها). بيد أنها أُدرجت هنا لأن التوصيات المتعلقة بحقوق والتزامات صاحب الحساب المدين تتبع التوصيات التي تتناول إحالة المستحقات. وربما يود الفريق العامل أن يُدرج هذه الأحكام الثلاثة (وما شابهها من الأبواب التي تتناول حقوق والتزامات أصحاب الحسابات المدينة والمصارف الوديعة والملتزمين في الصكوك القابلة للتداول ومُصدري السندات القابلة للتداول) في باب منفصل يتناول حقوق والتزامات الأطراف الثالثة الملتزمة فيما يتعلق بالموجودات المرهونة.]

نفاذ الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل تجاه الأطراف الثالثة

(انظر التوصيتين ٤٩ و ٦٢ من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1)

٤٩ - ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل يصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة:

(أ) إذا كان للدائن المضمون سيطرة على الحق في عائدات السحب من ذلك التعهد؛ أو

(ب) تلقائياً، دونما حاجة إلى اتخاذ المانع أو الدائن المضمون إجراء إضافياً، إذا كان الحق الضماني في المستحق أو الصك القابل للتداول أو الالتزام الآخر الذي يدعمه ذلك التعهد نافذا تجاه الأطراف الثالثة.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علماً بأن التوصية ٤٩ قد نُقّحت استناداً إلى افتراض مفاده أنه لا ينبغي أن تكون حيابة تعهد مستقل ولا التسجيل طريقة لتحقيق نفاذ الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل تجاه الأطراف الثالثة. فحيابة التعهد المستقل (حتى وإن كان ملموساً) لها دور محدود فحسب في الاستخدام المعاصر للتعهدات المستقلة. كما أنه إذا ما أُدرجت الحيابة في هذا الدليل كطريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فستكون هناك حاجة لإدراج قواعد معقدة تتناول الأولوية وتنازع القوانين. ومع ذلك، يجدر ملاحظة أنه على الرغم من أن الحيابة ليست طريقة لتحقيق النفاذ تجاه الأطراف الثالثة، فهي، من الناحية العملية، توفر حماية للدائن المضمون عندما تقتضي شروط التعهد المستقل إبراز التعهد المستقل بذاته للقيام بسحب بمقتضى ذلك التعهد. وفي هذه الحالة، قد لا يستطيع المستفيد أن يقوم بسحب فعلي دون

تعاون الدائن المضمون، وبذلك يستطيع الدائن المضمون أن يتخذ خطوات ليضمن لنفسه السداد (فعلى سبيل المثال، يستطيع الدائن المضمون أن يشترط على المستفيد الحصول على اعتراف يمكن الدائن المضمون من السيطرة قبل تسليم التعهد المستقل وإتاحة إبرازه للكفيل/المصدر أو الشخص المسمى الذي قدّم ذلك الاعتراف).

أولوية الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل

٦٢- ينبغي أن ينص القانون على أن الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل، الذي أصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة من خلال السيطرة، تكون له، فيما يتعلق بكفيل/مصدر معين أو شخص مسمى وافق على إعطاء قيمة للسحب بمقتضى التعهد المستقل، أولوية على حقوق جميع الدائنين المضمونين الآخرين الذين لم يجعلوا حقهم الضماني، فيما يتعلق بذلك الشخص، نافذا تجاه الأطراف الثالثة من خلال السيطرة. وإذا تحققت السيطرة من خلال الاعتراف وقدّم شخص ما، من بين أولئك الدائنين المضمونين، اعترافات متضاربة لأكثر من دائن مضمون، فإن الأولوية تكون للدائن المضمون الذي ذكر في أول اعتراف قدّمه ذلك الشخص.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: ربما يود الفريق العامل أن يأخذ علما بأنه نظرا لكون الطريقة المثالية لتحقيق السيطرة هي الحصول على اعتراف، فإن السيطرة لا تتحقق في حال تعدّد المسددين المحتملين (كالمصدر وعدة أشخاص مسمّين) إلا تجاه ذلك الكفيل/المصدر (أو أولئك المصدرين) أو ذلك الشخص المسمى (أولئك الأشخاص المسمّين) الذي قدّم (الذين قدموا) الاعتراف (أو الاعترافات). ومن ثم، يجب أن تركز قاعدة الأولوية على شخص بعينه، هو المُسَدّد. أما قواعد الأولوية المتصلة بالحيازة والتسجيل الواردة في المشروع السابق لهذه التوصية (انظر التوصية ٤٩ (ب) و(ج) في الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1) فقد حُذفت، لأن التوصية ٤٩ المنقحة لا تعتبر بحيازة التعهد المستقل والتسجيل كطريقتين لتحقيق نفاذ الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من ذلك التعهد تجاه الأطراف الثالثة. وأما قاعدة الأولوية المتصلة بالاعترافات المتضاربة (انظر التوصية ٤٩ (أ) من الوثيقة A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1) فقد أدرجت في الحملة الثانية من التوصية ٦٢ المنقحة. وتوضّح القاعدة الأساسية للأولوية أن الدائن المضمون الذي له سيطرة على الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل له أولوية على الدائن المضمون الذي أصبح حقه الضماني نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائيا.]

إنفاذ الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل (انظر التوصية ١٠٦ من الوثيقة (A/CN.9/WG.VI/ WP.21/Add.2)

١٠٦- ينبغي أن ينص القانون على أنه يجوز للدائن المضمون الذي له حق ضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل أن يمارس، بعد حدوث التقصير، أي سبيل انتصاف يتيح هذا الفصل للدائنين المضمونين. ولا يشكل نفاذ الحق الضماني تجاه الأطراف الثالثة في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل (سواء تحقق بالسيطرة أو تلقائياً) شرطاً مسبقاً لإنفاذ ذلك الحق. بيد أن سلطة الإنفاذ، تجاه الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى أو المستفيد غير المانع، تخضع للتوصيات ٢٥ مكرراً و ٢٥ مكرراً ثانياً و ٢٥ مكرراً ثالثاً.

[ملحوظة إلى الفريق العامل: سيوضح التعليق أنه ليس من الضروري أن يتخذ المانع أي إجراء إحالة منفصل لكي يُنفذ الدائن المضمون حقاً ضمانياً في الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل عندما ينشأ الحق الضماني تلقائياً. بمقتضى التوصية ١٦. وسيوضح التعليق أيضاً أن التوصيات ٢٥ مكرراً و ٢٥ مكرراً ثانياً و ٢٥ مكرراً ثالثاً هي التي تحكم ما على الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى من التزامات تجاه الدائن المضمون. وعلاوة على ذلك، سيوضح التعليق أن الغرض من التوصية ١٠٦ ليس تعطيل أي ترتيبات سابقة للتقصير متفق عليها بين المانع والدائن المضمون، ويتلقى الدائن المضمون من خلالها، قبل تقصير المانع، العائدات المحققة من تحصيل مدفوعات من الحق في عائدات السحب من ذلك التعهد.]

القانون المنطبق على الحقوق الضمانية في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل (انظر التوصية ١٣٨ من الوثيقة (A/CN.9/WG.VI/ WP. 21/Add.5)

١٣٨- ينبغي أن ينص القانون على أن: '١' حقوق والالتزامات الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى الذي تلقى طلباً بالاعتراف أو قام، أو قد يقوم، بالسداد أو بإعطاء قيمة بطريقة أخرى بمقتضى التعهد المستقل، و'٢' الحق في إنفاذ حق ضماني في الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل تجاه الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى، و'٣' نفاذ الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من التعهد المستقل تجاه الأطراف الثالثة وأولويته على المطالبين المنازعين [، باستثناء ما تنص فيه التوصية ١٣٨ مكرراً على خلاف ذلك]، تخضع، على نحو منفصل فيما يتعلق بكفيل/مصدر معين أو شخص مسمى بعينه، لقانون الدولة التي تُحدّد على النحو التالي:

(أ) إذا أصدر الكفيل-المصدر تعهداً مستقلاً، أو أصدر الشخص المسمّى اعترافاً، ينص على أنه خاضع لقانون دولة ما، فإن القانون المنطبق هو قانون الدولة المنصوص عليها؛

(ب) إذا لم يحدّد القانون المنطبق بمقتضى الفقرة السابقة، يكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى أو مكتبه المذكور في التعهد المستقل الصادر عن الكفيل/المصدر أو الشخص المسمّى. أما إذا لم يُصدر الشخص المسمّى تعهداً مستقلاً، فيكون القانون المنطبق هو قانون الدولة التي يقع فيها فرع الشخص المسمّى أو مكتبه الذي قام، أو قد يقوم، بالسداد أو يعطي قيمة بطريقة أخرى بمقتضى التعهد المستقل.

[١٣٨ مكرراً- ينبغي أن ينص القانون على أنه، متى نشأ الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهد مستقل وأصبح نافذا تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً بمقتضى التوصيتين ١٦ و ٤٩،] كان إنشاء ذلك الحق الضماني ونفاذه تجاه الأطراف الثالثة خاضعاً لقانون الدولة التي يحكم قانونها إنشاء الحق الضماني في المستحق المدعوم أو الصك القابل للتداول أو الالتزام الآخر المشمول بهذا الدليل بصفته موجودات مرهونة، ويحكم نفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة.]

[ملحوظة إلى الفريق العامل: سيوضّح التعليق أن التوصية ١٣٨ تتّبع قواعد تنازع القوانين التي تنطبق فيما يتعلق بحقوق والتزامات الكفلاء/المصدرين والأشخاص المسمّين. والاستثناء الوحيد الذي يخرج عن المبدأ الذي تجسده التوصية ١٣٨ هو التوصية ١٣٨ مكرراً، التي ترد بين معقوفتين، بشأن المسائل المحدودة المتعلقة بالإنشاء والإنفاذ تجاه الأطراف الثالثة في الحالات التي ينشأ فيها الحق الضماني أو يصبح نافذاً تجاه الأطراف الثالثة تلقائياً.

وكل مصرف (أو مؤسسة غير مصرفية أحياناً) يقوم بأحد هذه الأدوار إنما يتصرف عملاً بقانون المكان الذي يوجد فيه، أي المكان الذي يقع فيه فرعه أو مكتبه ذو الصلة (أو القانون الذي يختاره، وهو إجمالاً المكان الذي يقع فيه فرعه أو مكتبه ذو الصلة). وبناءً على ذلك، ثمة قوانين مختلفة تحكم المصارف المعنية المختلفة، واختيار قانون ما في تعهد مستقل ما لا يحكم سوى التزامات المصدر المعينة (انظر المادة ٢٧ من القواعد الموحدة للكفالات المستحقة عند الطلب والقانون التجاري الموحد ٥-١١٦ (ب)، والمادة ٢٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات). وسيوضّح التعليق أيضاً أن ما تسعى التوصية ١٣٨ إلى فعله هو توضيح أن أي طلب للاعتراف أو للسداد (بدون اعتراف مسبق) يقدمه دائن مضمون

مزعوم (أو يقدمه المستفيد نيابة عنه) يتعين أن يعالجه فرع المصرف المعني بمقتضى قانونه المحلي. وتنص التوصية ١٣٨ على أن جميع النزاعات المتعلقة بالأولوية تخضع للقانون الذي يختاره الكفيل/المصدر أو الشخص المسمى أو قانون الفرع أو المكتب ذي الصلة في حال عدم اختيارهما أي قانون. وربما يود الفريق العامل أن ينظر في المسألتين التاليتين: '١' إذا سدّد ذلك الفرع المصرفي لذلك الدائن المضمون (أو أعطاه قيمة ما)، فهل ينبغي أن ينطبق ذلك القانون بالذات على نزاع ذلك الدائن المضمون مع الأطراف الثالثة؛ '٢' إذا جرى السداد للمستفيد وكان النزاع بين أطراف ثالثة، فهل ينبغي ألا تنطبق التوصية ١٣٨ وأن تنطبق القواعد التكميلية لتنازع القوانين (أي التوصية ١٣٧).

وسوضح التعليق كذلك: '١' أن إنشاء الحق الضماني يخضع للقاعدة العامة لتنازع القوانين الواردة في التوصية ١٣٧ فيما يتعلق بالحقوق الضمانية في غير المموسسات (باستثناء ما تنص عليه التوصية ١٣٨ مكررا فيما يتعلق بالإنشاء التلقائي)، و'٢' أن إنفاذ الحق الضماني يخضع للقاعدة العامة لتنازع القوانين الواردة في التوصية ١٤٨، باستثناء ما تنص فيه التوصية ١٣٨ على خلاف ذلك.

وربما يود الفريق العامل أن ينظر في ما إذا كانت التوصية ١٣٨ مكررا ضرورية، أي ما إذا كان ينبغي إحالة إنشاء الحق الضماني في الحق في عائدات السحب من تعهّد مستقل وإنفاذه تجاه الأطراف الثالثة إلى القانون الذي يحكم الالتزام المدعوم بالتعهدّ المستقل (أي قانون مقر المانح بمقتضى التوصية ١٣٧، باستثناء الحالات التي تناوّلها الجملة الثانية من التوصيتين ١٣٧ و ١٤٠). وفي حال عدم وجود التوصية ١٣٨ مكررا، تكون التوصية ١٣٧ منطبقة على إنشاء ذلك الحق الضماني (بما في ذلك إنشاءه التلقائي)، أما التوصية ١٣٨ (أي القانون المحدد في التعهدّ المستقل أو في الاعتراف، أو قانون فرع المصرف المسدّد، في حال انتفاء أي تحديد)، فتتنطبق على نفاذ ذلك الحق تجاه الأطراف الثالثة. وإذا ما رأى الفريق العامل أن التوصية ١٣٨ مكررا ضرورية، فربما يود أن ينظر في ما إذا كان ينبغي الإبقاء على الإشارة إلى الإنشاء التلقائي بمقتضى التوصيتين ١٦ و ٤٩، الواردة بين معقوفتين. فالإبقاء على تلك الإشارة يمكن أن يعقّد تطبيق التوصية ١٣٨ مكررا إذا لم تكن الدولة التي ينطبق قانونها بمقتضى هذه التوصية قد اعتمدت توصيات الدليل المتعلقة بالقانون الموضوعي.]